

第33卷第7期
2015年7月

河北法学
Hebei Law Science

Vol. 33, No. 7
Jul., 2015

DOI: 10.16494/j.cnki.1002-3933.2015.07.016

知识产权本质主义的哲学问题与出路

——基于维特根斯坦后期哲学理论视角

刘文献

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

摘要: 知识产权本质主义寻求知识产权的基础与本质, 探究知识产权中确定性的原则与“第一原理”。这种本质主义思维在理论上存在诸多的哲学问题, 限制了知识产权理论进一步发展。而后期维特根斯坦的反本质主义哲学理论, 包括语言的游戏、家族相似、生活形式理论, 带来了新的理论视角, 由此可以找到知识产权新的思维方式。知识产权没有共同的本质, 没有确实性的第一原理, 只有“具体的用法”和“家族相似”。

关键词: 知识产权; 本质主义; 反本质主义; 语言的游戏; 家族相似

中图分类号: DF523 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-3933(2015)07-0156-14

The Philosophy Problems and Solutions on Intellectual Property Essentialism

—— Based on the perspective of Wittgenstein's later philosophy

LIU Wen-xian

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005 China)

Abstract: Intellectual property essentialism seeks the foundation and essence of intellectual property, exploring the certainty and the first principle. But intellectual property is full of paradox in theory, which makes the whole theory in difficulties. And the later Wittgenstein's anti-essentialism philosophy theory, including language games, family resemblance, life form, can help theory of intellectual property to complete the redemption. Intellectual property have no common essence and no the certainty of the first principle, only have specific usage and family resemblance.

收稿日期: 2015-01-13 该文已由“中国知网”(www.cnki.net) 2015年5月25日数字出版, 全球发行

作者简介: 刘文献(1974-), 男, 湖北荆州人, 厦门大学法学院2012级博士研究生, 研究方向: 知识产权法。

Key words: intellectual property; essentialism; anti-essentialism; language game; family resemblance

引言

自知识产权诞生以来,本质主义理念根深蒂固,盘踞在知识产权各个领域,使整个知识产权理论与实践深深地“镶嵌”在本质主义的范畴中。知识产权本质主义主要体现为:(1)追问知识产权的内在本质,寻求一致的普遍性。知识产权本质追问存在两个层面的问题,一个知识产权总体上的本质问题,而另一个是知识产权中的内含的子项目的本质问题。前者具有代表性是知识产权对象的解释,包括无形财产说、智力成果说、知识产品说、信息说、符号说,后者如著作权人格权说、出版者财产权说、文化赞助说、特许事业说;专利权契约说、自然权利说、报酬说。(2)寻求一些确定性的基点与概念框架。“思想与表达二分法”以确定著作权保护的边界、通过“三步检验法”而确定读者合理使用的边界、复制与演绎的区分以确定著作权法保护演绎作品不保护复制品、创造与传播的区分以对“创造性作品”给予著作权保护而对“传播性作品”则给予邻接权保护,仿佛其间的界线是“泾渭分明”。(3)对同一性、简单性充满“乡愁”。将著作权、专利权、商标权客体的主要特征分别简约为独创性、创造性与显著性。著作权对“独创性”的推崇而排斥临摹作品、专利权对“创造性”的渴望而排斥“发现”、商标权对“显著性”的要求而排斥“通用名称”。

在本质主义哲学主导下知识产权在逻辑上难以自治。本文认为哲学上反本质主义可以使知识产权具有更多的灵活性而可以适应知识产权进一步发展,知识产权作为法学的“新成员”应该有与哲学主动联姻的理论自觉。因此,随着哲学上从本质主义到反本质主义的“转轨”,知识产权理论也应有所表现。然而,知识产权学界并没有把握到这种哲学上变迁的时代脉搏,致使本质主义的套路依然大行其道,知识产权理论如瓶中的苍蝇(借用维特根斯坦用语)找不到出路。基于这种理论现状,本文认为有必要对知识产权的本质主义进行剖析与批判,继而探究知识产权自我救赎的理论路径。

一、知识产权本质主义的哲学问题

(一) 哲学上的本质主义

哲学上本质主义源远流长,古希腊的柏拉图是本质主义的源头,其认为世界是对理念的模仿,理念是事物的本质,这种哲学上的唯实论是典型的本质主义。罗蒂认为“自希腊时代以来,西方思想家们一直寻求一套统一的观念,这种想法似乎合情合理的;这套观念可被用于证明或批评个人行为和生活以及社会习俗和制度,还可为人们提供一个进行个人道德思考和社会政治思考的框架。”^[1]“我们应当摒弃西方特有的那种将万事万物归结为第一原理或在人类活动中寻求一种自然等级秩序的诱惑。”^[1]伯恩斯坦认为“客观主义是指存在着或者必定有一些永久的与历史无关的模式或框架,在确定理性、知识、真理、实在、善行和正义的性质时,我们最终可以诉诸这些模式或框架”,“客观主义与基础主义以及对于一个作为基础的阿基米德点的追求密切相关。客观主义者认为,除非我们能以一种严格的方式奠定哲学、知识或语言的基础,否则就不能避开激进的怀疑论主张”^[2]。而本质主义(基础主义)分为以笛卡尔为代表的传统基础主义与以分析哲学为代表的现代基础主义,前者直接为知识

寻求到一个坚实的、不容置疑的基础,笛卡尔从颠覆基础出发来清理怀疑的知识,寻求一个确切无疑的阿基米德点作为第一哲学原理^[3]。而分析哲学的基础主义则为知识提供证明,证明哪些是可能的,哪些是不可能的。前期维特根斯坦认为世界可以还原为简单的对象,“对象是简单的”,“对象构成世界的实体。因此它们不能是复合的”;也认为语言是透明的,“没有哲学,思想就会模糊不清;哲学应该使思想清晰,并且为思想划定明确的界限”,“哲学应当为能思考的东西划定界限,从而也为不能思考的东西划定界限”,“凡能思考的东西都能清楚地思考。凡是可以说的东西都可以清楚地说出来”^[4]。现代基础主义尽管抛弃了传统基础主义的形而上学,但仍然是在寻求可靠知识的阿基米德点,只是从“寻求实体基础”的范式转换为“证实知识如何可能”的范式。

哲学上本质主义可以归结为以下几个方面:一是坚信存在某种恒久的知识基础,哲学的任务就是发现并找到这样的基础;二是认为存在确定性的模式框架,它们是“第一原则”、“根据的根据”、“给定的观念”;三是对简单同一的强迫性回归,对同一简单充满浓浓的“乡愁”,拒斥“异”和“他者”。四是渴望共性,蔑视个性。渴望找到某种为一切被我们通常概括在一个普通名词之下的事物共有的东西^[5]。

(二) 知识产权本质主义剖析

1. 对符号论的典型化剖析:对本质共同性寻求

学界一直对知识产权的本质予以执着的探究,试图知识产权对象共通的本质,典型学说有无形财产论、智慧财产论、知识产品论、信息论,这是比较传统的论调,不作过多分析。本文以知识产权界新生代代表人物李琛的“符号论”为例,对知识产权本质主义套路予以剖析。李琛在其《论知识产权法的体系化》一书中推出她的知识产权对象符号论,其观点也得到其他学者的响应,如熊文聪在《知识产权权利冲突:命题的反思与检讨》也有表示赞同“符号论”的论调^[6]。李琛在该书中用符号论来论证可以找到知识产权的统一概念,把知识产权对象解释为一种符号组合,用卡西尔的符号理论作为其哲学基础。其论证套路依然是一种本质主义套路,是以获得共性与本质为指归,“我们的任务,是从逻辑角度回答:导致知识产权类型形成的共性究竟是什么?”“精确的概念最接近事物的本原,无论我们从哪个研究角度去接近它,最后都会获得一定程度的共性”,“德国哲学家恩斯特卡西尔的文化哲学理论回答了‘人类智力成果的本质是什么’”^[7]。类似这样的话语贯穿在其行文之中,其本质主义昭然若揭,表达了对共性的渴望与对个性的蔑视。从哲学的角度,符号论也是典型的本质主义套路。卡西尔本身也是在探寻人的本质,“我们应当把人定义为符号的动物,而不是理性的动物。只有这样,我们才能揭示出人的独特性,也才能理解人类面临的一条新的路——文化之路。”^[8]其“揭示性”的套路也是一种处于本质主义思维。符号理论是深度模式之一,而深度模式是基础的一个变种,即坚持表面现象之下必有深层的本质、意义或基础存在^[9]。杰姆逊在《后现代主义与文化理论》一书中总结了四种深度模式,而符号学则为深度模式其中之一,认为“旧式哲学相信意义,相信所指,认为存在着真理”^[10]。发端于索绪尔的符号学理论认为语言符号作为整体是由能指与所指构成,能指代表概念,而所指代表音响形象。音响形象是指声音在意识里形成的心理印迹,是物质性,而概念与之相对,是一种抽象的东西^[11]。能指之下有所指,所指控制着能指,也就是本质决定现象。李琛把知识产权对象的本质归结在

“符号”的名下,作为能指的知识产权对象底下是作为所指的“符号组合”。李琛的符号论与传统的无形财产论、智慧财产论并无本质的区别,只是将知识产权对象的本质从无形财产、智慧财产改写为符号,不变的是本质主义套路。

2. 著作权法中经典边界剖析:思想表达两分法、合理使用、创作与传播、复制与演绎

本质主义的另一个典型寻求一些确定性的原则模式,以此作为解决问题的依据。在著作权领域存在诸多的原则性,思想表达二分法用此划定著作权人与公众的权利界线,著作权法只保护表达,不保护思想。“思想表达两分法是最基本的版权法原则,其功能在于界定版权法的保护范围,平衡版权法激励创造与保留接触的利害关系,实现版权法的功能与目的。”^[12]这就假定了思想与表达之间存在一个确定的分水岭。作为著作权的例外,公众的合理使用可以成为著作权人“领土”上的界标。此话语当然涵盖了合理使用是一个确定的命题,否则它不能成为著作权领土上的界标^[13]。创作行为被归为著作权的范畴,而传播行为则被划归邻接权范围,仿佛创作与传播存在不言而喻的区别。复制与演绎的区分,表明复制的作品不受著作权保护,而只有演绎作品才受著作权保护,同样假定了复制与演绎之间可以明确区分。这些原则或根据成了著作权赖以生存的基础或基石,成为了知识产权立法中的核心基础,没有这些原则与理论框架,知识产权理论大厦将面临坍塌、瓦解。但这些所谓的原则与依据是哲学本质主义在知识产权方面的体现,是一种对“确定性”阿基米德点的渴求与对“第一原理”浓郁的“思乡之情”。

3. 对知识产权理论中“简约化”剖析

本质主义认为“对象是简单的”,“每一个关于复合物的陈述可以分解为关于其各组成部分的陈述,分解为完全描述该复合物的一些命题”,“对象构成世界的实体。因此它们不能是复合的”^[5]。将事物简约化是本质主义的主要套路,在本质主义视野下世界上所有对象都可以分解为简单的对象。在知识产权领域,同样存在这样的状况。例如,将著作权的客体特征简约为独创性,专利法客体特征简约为创造性,商标法客体特征简约为显著性。正因为存在这种本质主义的简约化,所以,知识产权领域存在排斥“他者”的情况。在著作权因为将著作权客体特征简约为“独创性”,所以,大有将非独创性作品剔除版权保护模式的设想,“跳出版权法的框架,寻求其他法律路径的保护也是该类作品‘原创性悖论’的解决之道”。对非独创性的数据库被主张用特殊保护模式^[12]。在专利法领域,将仅为“发现”而没有“创造性”的“科学发现”排除在专利权之外^①。商标法领域则以显著性为标杆,对通用名称只有在获得显著性后才可以申请注册商标,而在显著性退化后则应被撤销注册商标,前者如“小肥羊”注册商标^②,而后者如众所周知的“阿司匹林”、“优盘”案例。正因为知识产权被简约为这些简单的特征,排斥“他者”或“异己”则成了其维持这些简单化特征的暴力手段。

(三) 知识产权本质主义思维中的哲学问题

一是自然主义谬误。“伦理学的目的在于发现什么是属于一切善的事物的其他各性质,这是事实。然而许许多多的哲学家们认为:当他们说出这些别的性质时,他们实际就是在给

① 参见《中华人民共和国专利法》第25条。

② 参见北京市高级人民法院(2006)高行终字第94号行政判决书。

善下定义;并且,认为:这些性质事实上并不真正是别的,而是跟善性绝对相同的东西。我打算把这种见解叫做自然主义的谬误”^[14]。摩尔自然主义谬误理论其核心是指出人们以“善的东西”取代“善的”定义。知识产权本质主义的谬误性也与此相似,学者们用知识产权中的个别因素的特质来代替知识产权的本质,以个别“事实”取代“价值”判断,正如把快乐定义为善一样,知识产权中总是以智慧财产、无形财产、符号组合当作知识产权对象的本质。

二是还原主义错误。对知识产权的外延,人们很少发生争议^[8]。知识产权作为一个总的权利类型在学界已形成共识。但学者们在探究知识产权本质时,却总是回到知识产权成员中去探究著作权、专利权、商标权的性质,犯了还原主义错误。维特根斯坦指出对象是简单的,是不可再行分解的。“一个名称只表示一个要素,那不可毁灭的东西,那在一切变化中保持同一的东西”,“当某个说扫帚在墙角那里,他的意思是不是真的是:扫帚柄在墙角里,扫帚头在墙角里,并且扫帚柄装在扫帚头上?”^[15]当追究知识产权是什么时,学者们习惯于分解知识产权,把一个不可毁灭的东西给毁灭了、分解了,如同把扫帚分解为扫帚柄和扫帚头一样。也就是说,当我们在讨论知识产权整体性意义时应该忽视个别成员如著作权、专利法、商标法的个性特征,应该把知识产权作为一个要素,但本质主义者无法做到,因为本质主义者根本就不能知道究竟要还原到哪一步。

三是对不可定义者下定义。知识产权作为一个权利整体已形成共识,所以,依本质主义套路,对知识产权的界定就不可继续“还原”,应以“知识产权”为终点。“知识产权”为最简单的事物时它成为了只可综合的命题,而不可成为分析的命题。当知识产权成为了一个单纯的概念,它则是不可定义的。“善的是一个单纯的概念,正黄的是一单纯概念一样;正像决不能向一个事先不知道它的人,阐明什么是黄的一样,你不能阐明什么是善的”^[14]。知识产权作为一个“单纯的”概念是不可定义的,如果非要如同本质主义者一样强加定义,也只能犯自然主义谬误,用“知识产权的东西”来取代“知识产权”。

四是作为专名的知识产权问题。专名问题是语言哲学中的一个饶有兴趣的问题。从语言与现实的关系,专名和它指向的东西发生直接的关系。从本质主义哲学看,整个语言系统似乎应当通过名称与现实相衔接。就意义论来看,如果承认指称就是意义,则专名是语词如何具有意义的典型,如果否认指称具有意义,则意味着专名这些词语没有意义。在哲学家密尔看来,专名只有外延没有内涵。“专名那里没有什么东西需要理解、解释或加定义。同理,专名也无须翻译。”^[16]当知识产权为学界公认为一个权利整体时,就无须牵强附会地搜索其内涵,知识产权就是知识产权,仅此而已。知识产权是一个单数而不是复数的存在,本质主义者却对普遍性的盼望经常将个人的偏见强加知识产权内涵之中,从而使理论界困惑不已。

知识产权本质主义思维限制了知识产权发展,共性与个性、整体与个别的相互替代,使之在逻辑上陷入混乱。寻求知识产权确定性的原则与本质,以及将知识产权内部个别成员的性质放大为全体知识产权的性质,是思维方式发生了问题。这不是法学层面的问题,在法学层面无法解决,它属于哲学思维,只有回到哲学层面,用哲学的方式才能厘清,因此,需要引入一种新的视角来解决知识产权本质主义的困境。

二、反本质主义哲学原理:知识产权新视角

知识产权本质主义将知识产权理论研究引入歧途,在哲学上难以自洽,自相矛盾的论调

比比皆是。基于这种状况,有必要引入新的视角与方法以引领知识产权理论研究步出歧途、摆脱困境。哲学上反本质主义、反基础主义的兴起,从现代性到后现代的转换,为我们洞见知识产权本质主义的谬误带来了理论上的支援。可惜的是,学者们对此哲学上的这种转换视而不见,不能做到反本质主义与知识产权理论相联结的理论自觉,甚为遗憾,在此对反本质主义哲学理论加以介绍以作“抛砖引玉”之功用。

(一) 反本质主义哲学

本质主义为知识大厦建构的“基础”、“确定性概念框架”及所谓的“第一原理”受到反本质主义的攻击。尼采作为反本质主义先锋派代表人物,他要重估一切价值,宣称具有本质意味的上帝已死。他认为本质乃是某种透视性的东西,“一个事物的本质也只不过是一种关于事物的意见”^[17]。他否定存在真理,“与我们有某种关涉的世界是虚假的,亦即并不是一个事实,而是一种在少量观察之上的虚构和圆通说法;世界是流动的,作为某种生成之物,作为一种常新地推移的虚假性,它决不能接近于真理——并没有什么真理”^[17]。海德格尔的存在主义哲学也是一种反本质主义,他以无蔽的真理观取代对符合论真理观。他批驳笛卡尔的确定性基础原理,“自笛卡尔以降,真理的批判概念都是以作为确定性的真理为出发点的,但这也不过是那种把真理规定为正确性的真理概念的变形。”^[18]他认为,“真理的本质,亦即是无蔽,是由一种否定而得到彻底贯彻的。但这种否定并非匮乏和缺憾,仿佛真理是摆脱了所有遮蔽之物的纯粹无蔽似的;倘若果真能如此,那么真理就不再是真理本身了,这种以双重遮蔽方式的否定属于作为无蔽的真理之本质。真理在本质上即是非真理”^[18]。也就是说海德格尔也否定所谓绝对的真理。继尼采宣布“上帝已死”之后,福柯宣布“人已死”,福柯宣称,“人将被抹去,如同大海边沙地上的一张脸”^[19]。福柯认为人是被建构起来的,大写的历史开端于古希腊时代,“人们就构想一种在其每个关节点上都是光滑的、千篇一律的宏大的历史,这种历史已在同一种漂移、同一种下落甚或同一种攀升中卷走了所有的人,随之卷走了种种事物、动物、每一个活生生的或惰性的存在,直至地球最平静的面貌”^[19]。但这种统一性已折断,“自然不再向人谈论世界的创造或末日、人的依从或逼近的审判”;“语言不再拥有先于巴别塔的标记或能在森林中留住的原始叫声的标记”,所谓有历史的统一性、连续性被分裂成了碎片^[19]。实用主义哲学家罗蒂也是反本质主义者,他放弃内在与外在、核心与边缘之间的区别,“我称放弃这种区别的企图为反本质主义。对我们实用主义者来说,不存在任何像X的非关系特征这样的东西,就好像不存在像X的内在本性、本质这样的东西一样”^[20]。还有最著名的反本质主义维特根斯坦,下文重点介绍,这些反本质主义者基本立场归纳起来有:反对现象与本质的区别;反对符合论的真理观;反对统一性和人的理性,否认人可以掌握全部真理。

(二) 后期维特根斯坦反本质主义哲学

后期维特根斯坦的反本质主义主要体现在语言游戏、家族相似和生活形式三个方面:

1. 语言的游戏

前期维特根斯坦是一个典型的本质主义者,他认为语言与世界具有逻辑上的同构关系,凡是可说的东西都可以说得清楚。他前期强调的是语词的指称功能,“一个名称代表一个事物,另一个代表另一个事物,而且它们是彼此组合起来的;这样它们整个地就像一幅活画一

样表现一个事态”。而后期的维特根斯抛弃了这种本质主义观念,他否定了语言的这种简单的指称功能。他举例子,他派人去买苹果,给他一张写着“五个红苹果”的纸条。店主打开标有苹果的抽屉,再根据红的颜色样本,然后念出基数数列直到“五”这个词,每一个数就从抽屉里拿出一个颜色相同的苹果。“五”这个词没有相应的指称,“这里根本谈不上有意义这回事,有的只是‘五’这个词究竟是如何被使用的”^[15]。也就是说词语没有固定的指称与意义,词语只有被使用时才存在意义,“我们谈论语言时就像我们陈述象棋游戏的规则时谈论棋子那样,并不描述棋子的物理属性”^[15]。他否定了晶体般的、纯粹的理想语言,认为只有回到粗糙的有摩擦力的地面语言才有意义。关于游戏规则,维特根斯坦认为遵守规则是盲目的,“人们并没有感到他们非要等待规则的点头示意(或暗示)不可”^[15],他认为语言是一种实践,游戏规则来自教人下棋的活动中,在日复一日的实践中,来自“遵守规则”和“违反规则”的活动中^[15]。因此,后期维特根斯坦的“语言的游戏”破除了语言是透明的、语词之下有实体的本质主义套路,以“意义即用法”的方式为语言找到了“外部陈述”的视点,从而为建构反本质主义哲学观开启了新的大门。

2. 家族相似

维特根斯坦从“游戏”解释了家族相似,各类游戏,如棋类游戏、纸牌游戏、球类游戏、奥林匹克游戏,等等,它们没有全体所共同的东西,而只有一整套相似之处和亲缘关系,有时是总体上的相似、有时是细节上的相似。在各类游戏之间,总有一些特征出现而又消失,它们是一种交叉重叠的错综复杂的网络关系。维特根斯坦把之称为家族相似,“我想不出比‘家族相似性’更好的表达来刻画这种相似关系:因为一个家族的成员之间的各种各样的相似之处:体形、相貌、眼睛的颜色、步姿、性情等等,也以同样方式相互重叠和交叉。”^[15]家族相似意味着成员之员没有一个贯穿全部的共同特征,之所以能形成一个家族,他比方说:绳的强度并非在于有一根贯穿绳的全长的纤维,而是在于许多纤维的相互重叠^[15]。家族相似也意味着成员的开放性与流动性,他把语言看作一座古代的城市,在一个城市成为城市之前,它拥有多少房屋和街道是不确定的。城市既包括错综复杂的狭小街道和广场,新新旧旧不同时期添补的房屋,又有街道笔直严整,房屋整齐划一的新市区^[15]。这其中既有改变的东西,而也有恒久的东西,但恒久的总是多于改变了的,正如马赫用模糊的、忽略细节的方式来命名一个东西所言述的“我的朋友可以穿另一件衣服。他面容也许严肃,也许和悦。他的脸色也许由于受光线或情绪的影响而有所变化。他的身材也许由于运动而改变了,也许是经常改变的。但是,恒久的东西的总和总是比逐渐的改变大得多,所以逐渐的改变可以略而不计。他依然是同一个天天陪我散步的朋友”^[21]。家族相似性成员有改变的特征,也有恒久的性情,但恒久的东西更为显著,因而有了家族相似。

3. 生活形式

语言的游戏否定了语言固定的本质意义,而家族相似否定事物间全体共有的特征,似乎没有确定性的东西,但维特根斯坦并不赞成否定一切的做法,“如果你想怀疑一切,你就什么也不能怀疑。怀疑这种游戏本身就假定了确实性”^[22]。语言游戏的基石是生活形式,如“中国象棋”和“国际象棋”有不同的游戏规则,但具有一个共通的东西:那就是文化生活形式。“语言游戏一词的用意在于突出下列事实,即语言的述说乃是一种活动,或是一种生活形式

的一个部分”^[15]。语言的游戏扎根于生活形式,生活形式是确实性的基础。语言是一种实践活动,一边游戏,一边制定规则,完全遵守规则等于没有规则,而是遵守规则与违反规则的游戏过程中、在生活形式中产生游戏规则。“有一件东西,人们既不能说是一米,也不能说它不是一米,那就是巴黎标准米尺”。“而只是标志出了它在‘用米尺进行测量’这种语言游戏中的特殊作用”^[15]。这证明的是在人们社会活动中、约定俗成的惯习中产生了标准米尺这个游戏规则。维特根斯坦把语言游戏比如为河流,而生活形式比如为河床,但河流与河床没有什么明显的界限,一个命题既可以是语言游戏的组成部分,也可以生活形式中的组成部分。作为河流的语言游戏变化快,而作为河床的生活形式则可能变化很小的坚硬岩石,也可能是随时被水冲走或是淤积下来的泥沙^[22]。这表明语言的游戏与生活形式存在水乳“交融”的内在关联,“生活形式”的导入标志着一种信念或范式的转换,标志着形而上学本质主义的终结,反本质主义的哲学范式的形成。

三、知识产权本质主义的出路:后期维特根斯坦语言哲学的引入

如上所述,本质主义的哲学套路将知识产权引入歧途,存在理论与实践的脱节甚至背离。时代的变迁,知识产权新鲜事物层出不穷,各种知识产权“新类型权利”和“权利对象”也不断更新人们的视野。但是,本质主义的知识产权理念,总是抱残守缺,总是以“一己之见”排斥知识产权的新事物的涌现,画地为牢而捉襟见肘,可以说知识本质主义套路成为限制自身发展的“瓶颈”。正如维特根斯坦指责哲学之病一样,知识产权本质主义患有同样的病症:偏食:只用一个类型的例子来滋养他们的思想^[15]。如果不改变范式,终究会进入死胡同。但我们却是如此的幸运,因为维特根斯坦早已为我们备注了理论的“盛宴”,道成肉身的耶稣已在尘世,我们可以用维特根斯坦的反本质主义理论实现知识产权的理论救赎。

(一)“语言的游戏”视角下的知识产权

依照知识产权本质主义套路,知识产权领域形成了很多“原理”、“确实性原则”以及难以颠覆的概念框架。诸如著作权的第一原理思想表达两分法、创作与传播的区分、著作权的限制与例外、复制与演绎的区别;专利法的发现与发明的界分;商标法的显著性原则,等等。依归“语言的游戏”原理,单纯的规则原理并没有意义,其只有在一定的语境中、在实践使用中才能找到原则的真正用处。如果离开具体的游戏而讨论这些原理,就如同要谈论象棋游戏时讨论棋子的物理属性一样。思想与表达两分法过去的历史表明本质主义套路的失败经验,思想与表达的区分意在限制保护的范围,然而它并没有表现预测保护方面,试图脱离语境即可发现作品中思想与表达的确定性边界是不可欲的。Edward Samuels 教授认为,思想表达两分法不应当适用于版权的要件阶段,而是主要适用于版权侵权案件中以比较版权作品与涉嫌侵权作品,侵权的部分为表达,不侵权的部分为思想^[23]。这是语言的游戏的典型体现,不存在先验的思想与表达的界线,本质主义的名词指称功能是不存在的,思想与表达的界线在实际的使用中才得到体现。演员舞台上的表演也并不具有本质主义的、固定的法律意味。高空王子阿迪力在高空走钢丝只有中国受著作权保护,大多数其他国家的法律并不认可这种身体技能的表演具有创作的意义。李云迪演奏了一曲肖邦《E 小调钢琴协奏曲》,尽管有“第二次创作”的演绎过程,但仍只是在传播作品而不能取得演绎作品著作权。但如果李云迪用钢琴即兴创作演奏了一曲,他却取得了钢琴曲的音乐作品著作权。不同的语

境、不同的“语言游戏”中同样的行为却具有不同的法律内涵。“想像一幅画画着一个拳击手摆着一种特定的拳击姿势。那么这张画可以用来告诉某个人应当怎么站立,应当采取怎样的姿势,或者不当采取怎样的姿势,或者是告诉他某个特定的人曾经站在某个地方”^[15]。表演行为好比一个词根,而最终的意义取决于具体的使用情况而各有不同。

著作权的限制与例外也难以为合理使用找到确定的边界,对作品的引用同一个行为可能存在三种区别甚远的解释,利用电影《无极》制作的《一个馒头引发的血案》则可能是合理使用、可能是“滑稽模仿”的评论作品,也有可能是存在大量抄袭的侵权作品。单纯的对作品引用是没有决定性的法律意义,如果通过对作品的引用,对原作品予以了创造性批评则可能是一件演绎作品;如果只是简单的复制,则可能是侵权作品。

专利法只授予发明以专利,对发现则不授予专利。然而,发现与发明界限却不是一成不变的,发现是从自然界找到业已存在的物质形态,仅仅为一种发现,不能授予专利权。但如果从自然界首次从自然界分离提取到物质,则该物质及取得物质的方法可以授予专利。实际上人类的所谓的许多发明也只是一种“发现”,因为人类不是上帝,不可以从无到有的发明创造一个“物质”,所谓的发明也只能是一种发现。从发现到发明之间并没有一条界线分明的分界线,界线之上是发明,界线之下是发现,其间存在模糊的地带则要根据语境与游戏规则来界定其究竟是可授予专利的发明,还是不能授予专利的发现。

商标的显著性问题更可以作为语言的游戏的典型例子,除掉意识形态的人为因素,所有图形、文字没有天然的显著性,不能脱离整体性语境与具体的游戏来讨论某图形或文字具有显著性与否,正如“象棋中的王就是那个可以被叫将的棋子。但是这仅只是说在象棋游戏中我们只对王叫将”^[15]。图形商标显著性只有在被当作商标来使用的具体实践中,来评价显著性高低才有意义,我们认为所谓固有显著性是没有意义的,因为根本不存在天然显著性。在兰德斯与波斯纳合著的《知识产权法与经济结构》中有这样的观点:臆造商标——与任何文字均不相同的杜撰名称,比如 Exxon(爱克森)或者 Kodak(柯达)——是最具有显著性的。还认为《韦氏新国际词典》第三版中共有 450 000 个单词,其中有大量的单词具有“吸引力”可为销售者使用^[24]。脱离商标使用的语境,对臆造的文字组合或词典的单词来显著性的评价是犯有本质主义错误,正如我们不能脱离象棋游戏把王当作将一样(脱离游戏的棋子只是一个像棋子的圆形状的东西),抽离背景或语言游戏的不存在有显著性或无显著性的问题。在本质主义者看来,那些本没有显著性的描述性商标,由于商家把它当作商标的长期使用,而提供了有关商品来源的信息,从而可以获得第二含义。相反,那些具有显著性的商标却显著的退化而成为通用名称。再如,对驰名商标的认定不能从预定的方式(或称参数)来判断,如驰名程度、公众范围、知晓范围^[25],应该从具体的市场实践中来确定是否是驰名商标。显而易见的道理,依维特根斯坦的“意义即用法”反本质主义套路,商标标识的显著性只有在作为商标使用的实践中,有存在有显著性或无显著性的问题,没有使用的图标或文字是不可以谈论显著性多与寡的。知识产权价值评估问题也可以成为本文的典型“案例”,法官无法对一项专利抽象地评估价值,一项没有广泛运用的专利其价值无法计算。一项专利只有在使用中才体现价值,在不同的使用者手里则发挥着不同的价值,也正如,不同的词语在不同的语境中有不同的含义一样。

语言的游戏告诫我们应抛弃本质主义者那种脱离语境而把某些原理、规则当作固有意义的所在。知识产权所有的原理与规则是在实践中、在各游戏中产生的,是在“一边遵守规则,一边违反规则”的动态中形成的。语言的游戏也告诫我们应当抛弃本质主义所幻想的确定性东西。现实主义法学家弗兰克认为对确定性期待是儿童“恋父情结”的残余(儿童在意识中认为父亲具有稳定性、确定性和可靠性),只有消除这种欲求,才能对法律有更加正确的认识^[26]。我们要用语言的游戏取代知识产权本质主义套路,在知识产权的游戏中发展完善知识产权的规则与理论框架。

(二)“家族相似”视角下的知识产权

我们描述过本质主义对基础有一种“乡愁”,总是寻求事物背后的本质特征,坚信事物背后存在普遍性。而后期维特根斯坦则“家族相似”摧毁了本质主义寻求共通性、普遍性的迷梦,认为事物之间并没有共同的东西,只有家族相似性。知识产权本质主义同样迷恋知识产权中存在共通性、普遍性的东西,本质主义者把知识产权中著作权、商标权、地理标志、专利权、工业设计、商业秘密的权利对象归结为无形财产、智慧财产、信息、知识产品以至符号组合,其间充斥着牵强附会的内容。无形财产并非“知识产权”独有的特征,它们与抵押权、质押权、票据权利等同属“无形”的行列;智慧财产仅表明著作权与专利权的权利对象来源于智力创造,而商标作为标识性符号,且为臆造性的,与智慧性背道而驰,显然,把智慧性强加在商标上也确有不妥;如果把著作权作品与商标标识归结为符合还算合理的话,那么把专利中的技术方案也解释为符号组合则难以成立。符号代表人物李琛把专利权的方案也归结为符号组合,她认为:法律并不保护功能意境,只保护为达到功能所作的科学符号组合,技术方案本质也是一种表达^[8]。她举例“苹果含糖”和“糖能促进睡眠”两者均为符号,而两者组合则为一个技术方案。如果专利法保护的是符号组合,不保护功能意境,则有人利用该方案生产了相应的产品应该不属侵权,因为他并没有抄袭这个符合组合去发表论文。另外,符号论受卡西尔哲学理论的启示,卡西尔把人定义为符号的动物,“符号化的思维和符号化的行为是人类生活的代表性特征之一,而且整个人类文化的发展都毋庸置疑地取决于这些条件”^[8]。卡西尔理论是一种“泛化”的文化符号论,知识产权作为人类文化活动的一部分,当然为这种符号理论所涵摄,如此一来把知识产权归结为“符合”也并没有对知识产权揭示什么。与其如此艰辛地寻求它们的共同本质,还不如把它们与“家族相似”相联结,知识产权中的成员不存在共同的本质,而只有家族相似。

家族相似第一个特征是成员间的特征只存在重叠与交叉,著作权与专利权利对象重叠为“智力创造”,著作权与商标权利对象重叠为“符合组合”,专利与商业秘密重叠为“技术性创造”,商标与地理标志重叠为“商品的信息标识”,著作权与工业设计重叠为“独创性的形式组合”,而专利权与工业设计重叠为“功能性利用”,它们之间只有重叠与交叉的特征,而没有共同的本质。“家族相似”的第二个要点为:家族成员之所以归结为同一家族,并不要求有一个贯穿全体成员的共同特征,绳子的强度不在于有一根贯穿全长的纤维,而在于相互重叠,也就是说,知识产权成员间并没有一个全体成员共有的特征。著作权权利对象为“形式表达”,而专利权的则为“思想的利用”,专利法并不保护表达本身。著作权与专利权为智慧特征,商标标识则为识别性,不体现智慧性;商业秘密具有私密性,而专利权对象则必须予以

公示,不可能具有私密性。工业设计具有实用性功能,而著作权的则要排除实用功能。“家族相似”的第三个特征是成员的流动性,维特根斯坦把语言比如成一个古代的城市,建城之前不知道它有多少房屋与街道,它有不同时期的新新旧旧的房屋,还有街道笔直严整、房屋整齐划一的新市区。在知识产权的家族中同样如此。1883年巴黎公约时知识对象为专利、实用新型、工业外观设计、商标、原产地名称与反不正当竞争。1886伯尔尼公约则增加了保护文学艺术作品著作权;而1961年的《保护表演者、录音制作者和广播组织的国际公约》则增加了对表演者、录音制作者和广播组织邻接权的保护;1967年建立世界知识产权组织增加了对“科学发现”的保护;1996年在数字环境下的《世界知识产权版权条约》(WCT)增加了“信息网络传播权”。在著作权内部其成员也不是固定的,如对计算机软件的版权保护、中国著作权法对杂技艺术的保护就表明著作权内部成员的可变性特征。专利权领域中国专利法对发明、实用新型和外观设计予以专利保护,而多数国家的专利法只保护发明,而对实用新型与外观设计单独立法保护^[27]。商标的类型也是如此,“商标的概念并不是静止和封闭的,从最初的平面商标到立体商标,从视觉商标到听觉商标,再到嗅觉商标,乃至以后可能出现味觉商标、触觉商标,只要能起区别作用的标记,都没有理由被禁止用作商标”^[28]。知识产权的成员不是固定不变的,既无法事先确定哪些是知识产权成员,也不能事后确保其身份不变,更不能设定条件使新类型的知识产权“禁止入内”。既允许有新新旧旧的房屋,也允许有新建的街道,既有老成员,也有新“朋友”。恒久的东西总和比逐渐的改变大得多,而逐渐的改变可以忽略不计。尽管知识产权成员是流动的,它依然是同一个“古城”,同一个“天天陪我散步的朋友”。

知识产权不存在一个共同的本质,没有普遍一致性的所在,只有相互重叠与交叉的家族相似性。知识产权既作为整体的“大家族”,也有组成这个“大家族”的“小家族”。“大家族知识产权”的成员有著作权、专利、商标、商业秘密、工业设计、地理标识,也有集成电路布图设计。“小家族”,如著作权中的对象有:文学艺术作品、音乐作品、美术作品、电影作品、戏剧作品、舞蹈作品、民间文学作品;专利中有发明、实用新型、外观设计;商标中有文字商标、图形商标、立体商标、声音商标、气味商标。甚至知识产权的权利也是一个一个小家族,如著作权中权利类型有精神权利与财产权利,精神权利有发表权、署名权、修改权、保护作品完整权,而财产权中有发行权、复制权、出租权、广播权、信息网络传播权、改编权、放映权、展览权等等;专利权包含制造使用权、销售权、许诺销售权、进口权;商标权有禁止仿冒权、驰名商标反淡化权、到期续展权。质言之,知识产权是个“大家族”,它由许许多多的“小家族”组成;无论大小家族都没有共同的本质,没有贯穿全体的特征,而只有“家族相似性”。

(三) “生活形式”视角下的知识产权

知识产权没有共同的本质,只有家族相似,知识产权也是一种“语言的游戏”,而承载“语言游戏”的是作为“河床”的生活形式。之所以产生“巴黎标准米尺”这个游戏规则乃是因为人们约定俗成的惯习这个“生活形式”作依托。知识产权各项原则、原理、制度框架,哪些对象、权利类型可以成为知识产权中一员,都在于存在知识产权相关的实践活动。生活形式就是“承认规则”,是知识产权游戏规则效力的最终来源。哈特将后期维特根斯坦的语言哲学与法理学很完美地结合起来,哈特在《法律的概念》一书中将法律规则分为初级规则与次级

规则,而承认规则是次级规则的一种,承认规则是初级规则的效力源泉。问题是承认规则的效力问题:既然承认规则是初级规则的效力源泉,那么,承认规则的效力背景何如就是一个不可以回避的问题。哈特同样以巴黎标准米尺为例说明承认规则的效力,“这个问题不会发生在判准的承认规则本身,因为承认规则既非无效亦非有效,它就是很单纯地因为妥当而被采用”^[29]。这是假定而永远无法证明的规则。承认规则的存在是事实问题,是一种对初级效力确认的外部陈述,承认规则的效力来源实践,“法官、政府官员与其他人日常的实践活动乃是承认规则所真实存在的地方,这样的实践活动是十分复杂的”^[29]。如前所述,维特根斯坦认为人们不可能“私人地”遵守规则,遵守规则是一种实践,实践是规则效力的基础。而法官、政府官员和人们在实践中对承认规则现实接受则为承认规则的效力基础。凯尔森把法律规则的最终效力归结为法律体系内部的最高规范“宪法”,是一种假定的最高效力,唯有如此才可以中断无穷倒退的追问,但终究是一种自我指涉的内部证成方式。而立足实践的“承认规则”跳出了规则体系的限制而从外部得到了证成,这是反本质主义比本质主义高明之所在。知识产权中的法律规则来自于实践中对相应规则的认可,如信息网络传播权在我国的是先有司法实践再有立法的,1999年王蒙等六位作家诉“世纪互联公司”侵犯著作权案。原告王蒙等六位作家诉称,被告世纪互联通讯技术有限公司未经许可,在其网站上传播使用原告作品,侵犯了原告方对其作品享有的使用权和获得报酬权,请求法院判令被告停止侵权行为、公开赔礼道歉、赔偿损失。被告辩称,因我国法律对在国际互联网上传播他人作品是否需要取得作品著作权人的同意,怎样向著作权人支付作品使用费等问题都没有任何规定,认为原告的主张无法律依据。而一审法院依我国1990年著作权法第10条第5款支持了原告的诉求,二审法院则增加该法第45条第8款著作权保护兜底条款继续支持了一审原告。认定被告侵犯了原告的著作权^①。尽管当年我国还没有在立法上规定“信息网络传播权”,但该案中被告的行为实际上是一种侵犯“信息网络传播权”行为,只是当时法律没有对此类行为界定为侵犯信息网络传播权。正因为有原告当事人及法官认可的“信息网络传播权”司法实践,推动了我国2001年在修改《著作权法》时增加了“信息网络传播权”,使哈特的“承认规则”这种司法实践的“生活形式”承载了知识产权各种游戏规则的法律效力。

结语

知识产权反本质主义范式的理论优势:一是开放的边界:本质主义者的路数是寻求基点与普遍性,知识产权本质主义建构的理论框架惯于站在自身的视点而拒斥“他者”;抽象的基础性原理被容易日益繁杂的实践所颠覆,理论上的悖论与偏见形成诸多困扰。而反本质主义,如“家族相似性”摧毁了本质主义者观念中的重重边界,反本质主义认为知识产权不是“封闭的疆土”而是一个开放的“场域”;认为只要具备“家族相似”的“新元素”就可以成为家族中的一员。反本质主义的开放性为知识产权实践与理论扩张提供了更具说服力的解释,也为知识产权“开疆辟土”的提供了合法性基础。依本文的观点,立法上与国际条约中“列举式的定义”模式即为一种反本质主义套路。如,建立世界知识产权公约第2条将知识产权定义为包括文学、艺术和科学等项目的权利;TRIPs协议中对知识产权描述为作为第二部分第

① 案件具体信息参见人民法院网 <http://www.chinacourt.org/article/detail/2002/06/id/5983.shtml>。

1 节至第 7 节主题的所有类别知识产权;伯尔尼保护文学和艺术作品公约第二条第一款文学和艺术作品包括文学、科学和艺术领域内一切成果,不论表现形式或方式如何,诸如书籍、小册子和其他文字作品;我国著作权法第三条著作权的作品包括文字作品、口述作品等九类作品。这种“立法”方式不拒斥新成员,可以“依时随势”将适格的新成员随时纳入知识产权的大家族中,其优越性不言自现。当前,世界各国对孤儿作品的保护也形成了欧美不同的范式,孤儿作品已然也成为著作权大家族中的一员^[30]。二是实践基础主义:“生活形式”是“语言游戏”的河床,反本质主义是某种意义上的实践本质主义,而实践本质主义是“接地气”的本质主义,它否认本质主义的所谓真理,如尼采所言“世界是流动的,作为某种生成之物,作为一种常新地推移的虚假性,它决不能接近于真理——并没有什么真理”,实践作为知识产权游戏规则“河床”为知识产权规则的最终效力找到了合法性基础。知识产权的实践活动,知识产权职业共同体,包括从事知识产权教学的教授、从事知识产权案件审理的法官、制定知识产权法律制度的政府官员、知识产权权利人以至于知识产权侵权人的实践活动就是知识产权规则的“承认规则”。实践所构建的游戏规则不是超验的与非历史的抽象法律条文,而是充满活力的“外部陈述”。“意义即用法”是实践基础主义浓缩的精华,知识产权各种原理并不在于逻辑上的完美,而在于被广泛地使用。

知识产权本质主义到反本质主义的范式转换是一种法律思维的更新,英国法哲学家哈特在法理学领域完成这种转换,我们有必要在知识产权法领域也实现这种思维转换。哈特在《法律的概念》中追问“法律是什么”时,感受到了圣奥古斯丁关于“时间是什么”同样的困扰。《忏悔录》第十一卷第十四节中说道:时间究竟是什么?没有问我,我倒清楚,有人问我,我想说明,便茫然不解了^[31]。哈特在追问法律是什么时引用了这段话,表明哈特不会追随本质主义的路径给法律下传统型“定义”^[29]。哈特不会就法律给出一个本质主义答案,他将法律归结为第一规则与第二规则的结合,而第二规则的实践性为法律奠定了“反本质主义”的基础。法律不再是静止、封闭、非历史性先验的产物,而是具有开放性、流动性的实践品格。知识产权本质主义范式存在的危机表明学者们不能再拒斥知识产权反本质主义的新范式。库恩对“范式”曾说过:“它是一个在新的基础上重建该研究领域的过程,这种重建改变了研究领域某些最基本的理论概括,也改变了该领域中许多范式的方法和应用。”^[32]这意味着知识产权反本质主义要对知识产权作出新的诠释与理论概括,显然“范式转换”是一个“大工程”,这就需要知识产权“职业共同体”的共同努力,一同转换固有的本质主义思维方式以共建知识产权理论新范式。

参考文献:

- [1] [美]罗蒂.李幼蒸译.哲学和自然之镜[M].北京:商务印书馆,2003.6,10.
- [2] [美]理查德·J·伯恩斯坦.郭小平,康兴平译.超越客观主义与相对主义[M].北京:光明日报出版社,1992.9.
- [3] [法]笛卡尔.第一哲学沉思集[M].北京:商务印书馆,1986.15-29.
- [4] [奥]维特根斯坦.贺绍甲译.逻辑哲学论[M].北京:商务印书馆,2011.48-49.

- [5] [奥]维特根斯坦. 涂纪亮译. 蓝皮书和褐皮书[M]. 北京: 北京大学出版社 2012. 23 27.
- [6] 熊文聪. 知识产权权利冲突: 命题的反思与检讨[J]. 法制与社会发展. 2012 (6) .
- [7] 李琛. 论知识产权法的体系化[M]. 北京: 北京大学出版社 2005. 126 - 131.
- [8] [德]恩斯特·卡西尔. 李化梅译. 人论[M]. 北京: 西苑出版社 2009. 36 ,124 ,135 ,37.
- [9] 王治河. 后现代哲学思潮研究[M]. 北京: 北京大学出版社 2006. 86.
- [10] [美]弗杰姆逊. 后现代主义与文化理论[M]. 西安: 陕西师范大学出版社 ,1986. 185.
- [11] [瑞士]费尔迪南德索绪尔. 刘丽译. 普通语言为教程[M]. 北京: 中国社会科学出版社 2009. 80.
- [12] 卢海君. 版权客体论[M]. 北京: 知识产权出版社 2011. 13 223.
- [13] 朱理. 著作权的边界——信息社会著作权的限制与例外研究[M]. 北京: 北京大学出版社 2011. 2.
- [14] [英]摩尔. 长河译. 伦理学原理[M]. 北京: 商务印书馆 ,1983. 16 ,13.
- [15] [奥]维特根斯坦. 李步楼译. 哲学研究[M]. 商务印书馆 ,1996. 43 - 44 ,3 - 4 ,71 ,128 ,121 ,48 ,48 ,12 , 17 ,37 ,235 ,17 ,79 - 80.
- [16] 陈嘉映. 语言哲学[M]. 北京: 北京大学出版社 2003. 289.
- [17] [德]尼采. 孙周兴译. 权力意志[M]. 北京: 商务印书馆 2007. 165 ,135.
- [18] [德]海德格尔. 孙周兴译. 林中路[M]. 上海: 上海译文出版社 2004. 38 ,41.
- [19] [法]米歇尔福柯. 莫伟民译. 词与物[M]. 上海: 上海三联书店 2001. 506 ,479 ,481.
- [20] [美]理查德罗蒂. 黄勇译后哲学文化[M]. 上海: 上海译文出版社 2009. 134.
- [21] [奥]马赫. 洪谦 ,唐钺 ,梁志学译. 感觉的分析[M]. 北京: 商务印书馆 ,1988. 2.
- [22] [奥]维特根斯坦. 张金言译. 论确实性[M]. 桂林: 广西师范出版社 2002. 21 ,18.
- [23] Edward Samuels ,The Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law 56 Tenn. L. Rev. 321 ,1988 - 1989.
- [24] [美]威廉·M·兰德斯 ,理查德·A·波斯纳. 金海军译. 知识产权法经济结构[M]. 北京: 北京大学出版社 2005 . 241 - 242.
- [25] 高映. 论我国驰名商标司法认定中“驰名”界线[J]. 河北法学 2008 (8) .
- [26] Jerome Frank , Law and the Modern Mind [M]. NewYork: Tudor Publishing Company ,1930. 21.
- [27] 王迁. 知识产权法教程[M]. 北京: 中国人民大学出版社 2007. 333.
- [28] 黄晖. 商标法[M]. 北京: 法律出版社 2004. 34.
- [29] [英]哈特. 张文显 等译. 法律的概念[M]. 北京: 中国大百科全书出版社 ,1996. 98 ,99 ,13.
- [30] 管育鹰 . 欧美孤儿作品问题解决方案的反思与比较——兼论我国《著作权法》相关条款的修改[J] . 河北法学 2013 (6) .
- [31] [古罗马]奥古斯丁. 周士良译. 忏悔录[M]. 北京: 商务印书馆 ,1963. 258.
- [32] [美]托马斯·库恩. 金吾伦 ,胡新和译. 科学革命的结构[M]. 北京: 北京大学出版社 2003. 73.

(全文共 19 420 字)